

## HIPOTEKARNOPRAVNI ODNOS KAO ASPEKT SADRŽINE HIPOTEKE

Dr. sc. Duško Medić, sudac  
Ustavni sud Republike Srpske  
BiH

UDK: 342.27  
Ur.: 22. studenog 2005.  
Pr.: 24. siječnja 2006.  
Pregledni znanstveni članak

*Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržaja hipoteke predstavlja nesumnjivo veoma zanimljivu oblast za proučavanje. U okviru ovog odnosa aktualiziraju se brojni elementi koje treba seriozno analizirati i u pogledu kojih je potrebno donijeti odgovarajuće zaključke. Sigurno je da u današnjim uvjetima u ovom segmentu treba uvesti bitna poboljšanja, jer postoji evidentan raskorak između krutih zakonskih normi i potreba suvremenog prometa. U radu su razmatrani pojam hipotekarnopravnog odnosa, zatim subjekti ovog odnosa, prava i obaveze hipotekarnog vjerovnika i hipotekarnog dužnika, te prijenos prava i obaveza. Iako je hipotekarni odnos akcesornog karaktera, on je relativno samostalan i njegov sadržaj se značajno razlikuje od sadržaja obligacionog odnosa za čije osiguranje služi.*

**Ključne riječi:** *hipotekarnopravni odnos, pojam hipotekarnog odnosa, subjekti hipotekarnog odnosa, hipotekarni vjerovnik, hipotekarni dužnik, pravo namirenja, pravo prvenstva.*

### **Prethodna razmatranja**

Založno pravo je stvarno pravo na tuđem objektu, a hipoteka je založno pravo na nekretnini.<sup>1</sup>

Mi nemamo svoju riječ za hipoteku, pa koristimo ovu riječ grčkog porijekla, koja je nastala od riječi pod i staviti, što znači podstaviti odnosno opteretiti, a zajednički je smisao “staviti stvar pod nečiju vlast.”<sup>2</sup> Načelne

<sup>1</sup> T. Tumbri, Založno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1-2/1981, str. 137.

<sup>2</sup> Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru je za hipoteku upotrebljavao riječ zastava, ali ovaj

odredbe o hipoteci su sadržane u odredbama Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO-a).<sup>3</sup> Ovim pravom može se osigurati samo novčano potraživanje,<sup>4</sup> za razliku od ostalih založnih prava kojima se može osigurati svaka tražbina.<sup>5</sup>

Hipoteka je stari institut građanskog prava koji predstavlja tekovinu civilizacije ljudskog društva. Ona je zahvaljujući stalnom prilagođavanju postala najrazvijeniji oblik založnog prava<sup>6</sup> koji je do današnjih dana ne samo zadržao, nego i povećao svoj značaj. Svrha hipoteke je da osigura, ali i omogućiti izvršenje obaveze iz obligacionog odnosa koju dužnik nije dobrovoljno ispunio. Njeno postojanje vrši psihološki pritisak na dužnika, a ukoliko to ne bi imalo efekta, hipotekarni povjerilac može se namiriti iz vrijednosti založene nekretnine.

Hipoteka se odnosi na određeno potraživanje i određenu nekretninu, promjena vlasnika opterećene nekretnine nije pravno relevantna,<sup>7</sup> a povjerilac je ovlašten na način određen zakonom da traži namirenje svog potraživanja iz vrijednosti te nekretnine prije povjerilaca koji na njoj nemaju hipoteku,

---

termin nikada nije bio u široj upotrebi. U slovenačkom jeziku se riječ zastava upotrebljava za označavanje založnog prava uopšte. Srpski građanski zakonik hipoteku naziva i baštinskom ili miljačkom zalogom, a nastajala je upisom duga, odnosno pismene isprave o dugu u sudske knjige - ubaštinjenje (intabulacija) – v. Đ. Pavlović, *Baštinske knjige*, spis objavljen u knjizi *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji*, Beograd, 1868; Ž. Perić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1922, str. 209; O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 1992, str. 206.

Termin hipoteka koristi se i u uporednom pravu (njemačkom, francuskom i italijanskom), a u engleskom pravu naziv "mortgage".

<sup>3</sup> Članovi 63-69.

U Republici Srpskoj je još u primjeni zakon koji je donesen u bivšoj SFRJ ("Službeni list SFRJ" br. 6/80 i 37/90). Propisi bivše SFRJ i SR BiH se ovdje primjenjuju na osnovu člana 12. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske" br. 21/92). Entiteti u BiH i Brčko Distrikt BiH, inače, imaju samostalne pravne sisteme, a postoji i pravni sistem BiH. Naravno, entitetski pravni poreci i pravni sistem Brčko Distrikta BiH moraju biti u saglasnosti sa zakonodavstvom BiH kao države.

<sup>4</sup> Po nekim pravima - npr. Švajcarski građanski zakonik, član 794., dovoljno je da se potraživanje može izraziti u novcu. Mišljenja smo da se može prihvatiti stav da je neophodno da potraživanje tek u fazi utvrđenja njegovog postojanja i dospelosti dobije novčani izraz. Slično i: M. Lazić, *Sadržina hipoteke*, magistarska teza, Niš, 1994, str. 49.

<sup>5</sup> Vidi; D. Medić, *Založno pravo na nepokretnim stvarima (hipoteka)*, *Glasnik pravde*, br. 6/2000, str. 88; Š. Erak, *Hipoteka sredstvo osiguranja potraživanja (I dio)*, *Pravni savjetnik*, br. 5/2001, str. 17; Š. Erak, *Hipoteka sredstvo osiguranja potraživanja (II dio)*, *Pravni savjetnik*, br. 6/2001, str. 29; B. Čolić, *Pravo zaloge na nepokretnostima*, *Pravni život*, br. 12/1987, str. 1489; B. Točanac, *Hipoteka*, *Izbor sudske prakse*, br. 7-8/1993, str. 24; M. Lazić, *Hipoteka*, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede, *Pravni život*, br. 10/1996, str. 145.; D. Medić, *Hipoteka i ostala sredstva obezbjeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja* (doktorska disertacija), Novi Sad, 2004; D. Klepić, *Hipoteka kao realno sredstvo obezbeđenja tražbine prema dužniku* (doktorska disertacija), Kragujevac, 2000.

<sup>6</sup> Hipoteka osigurava potraživanje povjerioca, a dužnika ne lišava posjeda i mogućnosti korišćenja založene stvari. Vidi: M. Jankovec, *Hipoteka kao sistem obezbeđivanja potraživanja*, *Pravni život*, br. 10/2004, str. 239.

<sup>7</sup> M. Žuvela, *Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb, 1987, str. 322.

kao i prije povjerilaca koji su hipoteku stekli poslije njega, uključivši i stečajni postupak.<sup>8</sup>

Savremeno hipotekarno pravo nastaje u XVIII i XIX vijeku kao produkt razvoja založnog prava u različitim sistemima prava, a težnja je bila da se stvori takav oblik obezbjeđenja koji će maksimalno osigurati pravni položaj povjerioca, a što manje otežati faktički položaj dužnika do momenta realizacije zaloge.

U socijalizmu gotovo marginalizovana,<sup>9</sup> hipoteka danas ponovo postaje veoma interesantna i doživljava svoju punu afirmaciju, kao najsigurniji instrument stvarno-pravnog obezbjeđenja i ostvarivanja finansijske discipline. Za njen dalji razvoj i modernizovanje neophodno je što prije izvršiti svojinsku transformaciju kako bi se definisali titulari prava na nekretninama sa klasičnim svojinsko-pravnim ovlaštenjima, zatim ažurirati javne knjige koje vode evidenciju prava u pogledu nekretnina i uskladiti ih sa stvarnim stanjem<sup>10</sup>, te ustanoviti brz i efikasan postupak za njenu realizaciju. Restrukturiranje stvarnih prava posebno zahtijeva reformu hipotekarnog prava kao "poluge" razvoja kreditnih odnosa u društvu, koji su osnovna pretpostavka poboljšanja standarda građana i oživljavanja privredne aktivnosti.<sup>11</sup>

Kod nas se najčešće hipotekom osigurava potraživanje - zajam dat za izgradnju, dogradnju ili rekonstrukciju nekretnine na koju se stavlja hipoteka, kredit dat za izvođenje melioracionih radova i podizanje porodičnih stambenih zgrada,<sup>12</sup> ali to, naravno, ne mora biti slučaj.

<sup>8</sup> ZOSPO, član 63. st. 1.

<sup>9</sup> Ovo zbog toga što je kod postojanja "društvene", dakle, ničije svojine, zalaganje društvenog vlasništva drugom pravnom subjektu koji je, takođe, u društvenom vlasništvu, bilo gotovo bez smisla. Hipoteka logično nije mogla doći do izražaja u uslovima nesvojinskog koncepta društvene svojine, ograničavanja privatne svojine i napuštanja tržišnih zakonitosti privrede i kredita - v. M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 2. U tim uslovima eliminisane su tekovine pravne civilizacije i pravo je u ovoj oblasti bilo pretvoreno u neku vrstu svoje suprotnosti.

Tokom osamdesetih godina prošlog vijeka počinje veće zanimanje za instrumente obezbjeđenja, pa se pojavljuju radovi koji, pored ostalih instrumenata, razmatraju i hipoteku - v. Z. Antonijević, M. Petrović i B. Pavićević, *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982.

Vidjeti i R. Bijorac i P. Knežević, *Pravo u postupku realizacije realnih instrumenata obezbeđenja*, *Pravni život*, br. 11/1998, str. 32.

<sup>10</sup> O tome: S. Dimitrijević, *Evidencije nekretnina i upisa založnih prava - preduslovi hipotekarnog kreditiranja*, *Finrar*, br. 8/2004, str. 64 i dalje.

Ustrojavanje efikasne i ažurne evidencije nepokretnosti i prava na nepokretnosti, kakvu čini sistem zemljišnih knjiga, predstavlja i garanciju svojine. Šire: M. Orlić, *Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga*, *Pravni život*, br. 12/2000, str. 5. i M. Muslić, *Zemljišne knjige i njihovo mjesto u pravosudnom sistemu*, *Pravni savjetnik*, br. 9/2001, str. 59.

<sup>11</sup> Vidjeti *Poruke 16. susreta pravnika Kopaoničke škole prirodnog prava održanog od 13-17.12.2003.* koje su objavljene u *Završnom dokumentu* na str. 79.

<sup>12</sup> Uz hipoteku se često vezuje hipotekarni kredit, a to je kredit kod koga povjerilac radi obezbjeđenja svoje tražbine dobija pravo zaloge na nekretninama ili njihovim priraštajima ili pripacima (npr. željezničkim vozilima, turističkom inventaru). Ovaj kredit predstavlja vrstu realnog kredita kod koga se visina i pokrće ne određuje prema kreditnoj sposobnosti dužnika,

U ovom radu ćemo se baviti hipotekarno-pravnim odnosom kao bitnim segmentom ovog sredstva obezbjeđenja, a složenost ovog pravnog odnosa uslovljena je sadržinom hipoteke.

## *Hipotekarno-pravni odnos*

### *1. Pojam*

Hipotekarno-pravni odnos je građansko-pravni odnos između hipotekarnog povjerioca i hipotekarnog dužnika s jedne i hipotekarnog povjerioca i trećeg lica<sup>13</sup> s druge strane, povodom objekta hipoteke.<sup>14</sup> Smatra se da prvi predstavlja unutrašnju stranu hipoteke, a da drugi izražava njeno spoljašnje dejstvo. Radi se o dva međusobno povezana i uslovljena dijela složenog hipotekarnog odnosa.

Odnos između hipotekarnog povjerioca i hipotekarnog dužnika predstavlja takav odnos koji postoji između povjerioca potraživanja koji stiče uslovno pravo raspolaganja svojinom na objektu hipoteke i vlasnika te stvari.<sup>15</sup> Vlasnik objekta hipoteke ima pravo da zahtijeva od svih lica, pa i hipotekarnog povjerioca do momenta sticanja uslova za namirenje, uzdržavanje od povrede njegovog prava svojine. Hipotekarni povjerilac tek po ispunjenju uslova za realizaciju hipoteke stiče pravo raspolaganja svojinom na predmetu hipoteke, tako da se tada sukobljavaju dva svojinska ovlašćenja povodom iste stvari. Pravo namirenja djeluje prema svim trećim licima i ne zavisi od promjene vlasnika na objektu hipoteke. Dakle, iz karaktera unutrašnjeg hipotekarnog odnosa proizilazi stvarnopravno dejstvo hipoteke.

Hipotekarni odnos je relativno samostalan. Sadržaj ovog odnosa razlikuje se od sadržine obligacionog odnosa čijem obezbjeđenju služi, jer

---

već prema vrijednosti nekretnina koje služe za pokriće kredita. Kod hipotekarnog kredita visina kredita uslovljena je određenim procentom od prometne vrijednosti nekretnine, rok trajanja je obično 10-30 godina, mada može biti i duži, kamate su najčešće veoma niske zbog malog rizika, a otplata se vrši potpunom isplatom poslije isteka dogovornog roka ili postepenim otplaćivanjem anuiteta. Glavni davaoci ovog kredita su tzv. hipotekarne banke, osiguravajuća društva i štedionice. O tome v. Pravna enciklopedija, tom 1, Beograd, 1985, str. 463-464; P. Rastović, Hipoteka i zaloga na pokretnim stvarima, Izbor sudske prakse, br. 7-8/1996, str. 65.; M. Velimirović, Poslovno pravo, Podgorica, 2000, str. 552-553.; M. Petrović, Hipotekarni i lombardni krediti u novim uslovima, JIK banka Beograd, 1990; M. Medojević, Plaćanje i obezbeđenje plaćanja u robnom prometu, Specijalni prilog Savremene prakse, br. 2/2003, str. 68.

<sup>13</sup> Sadržina ovog odnosa je jednaka dejstvu ostalih stvarnih prava prema trećim licima.

<sup>14</sup> M. Lazić, Sadržina hipoteke... str. 37.

<sup>15</sup> O razlici između ovog odnosa i unutrašnjeg dejstva prava svojine opširnije: M. Lazić, Sadržina hipoteke... str. 37.

hipotekarni povjerilac i dužnik po osnovu hipoteke imaju različita prava i obaveze od onih koje im nameće obligacioni odnos.<sup>16</sup> Elementi hipotekarnog odnosa su subjekti, objekt i sadržina pravnog odnosa. Za potrebe ovog rada detaljnije ćemo se baviti subjektima hipotekarnog odnosa, te njihovim pravima i obavezama, jer postoje izvjesne specifičnosti na koje je svakako interesantno ukazati.

## **2. Subjekti hipotekarnog odnosa**

Subjekti ovog odnosa mogu biti fizička i pravna lica koja se nalaze u ulogama hipotekarnog povjerioca ili dužnika. Hipotekarni povjerilac je uvijek subjekt i hipotekarnog odnosa i obligacionog odnosa koji se obezbjeđuje hipotekom. Hipotekarni dužnik je vlasnik predmeta hipoteke, a najčešće je i dužnik iz obezbijeđenog potraživanja, mada to ne mora biti.<sup>17</sup> Da bi založio stvar, hipotekarni dužnik mora biti poslovno sposoban. Pošto se i kod založnog prava suštinski može raditi o prenosu svojine, za zalaganje stvari zahtijeva se potpuna poslovna sposobnost. Sadržinu hipotekarnog odnosa čine prava i obaveze subjekata hipoteke. Hipoteka se za hipotekarnog povjerioca manifestuje kao pravo i predstavlja skup određenih ovlaštenja, a za hipotekarnog dužnika ispoljava se kao obaveza i čini skup konkretnih zadataka. Istina, postoje i određene obaveze hipotekarnog povjerioca i prava hipotekarnog dužnika, ali to za hipoteku nema suštinski značaj.

## **3. Prava hipotekarnog povjerioca**

Imajući u vidu da hipotekarni povjerilac ne posjeduje nekretninu na kojoj ima hipoteku, nema potrebe za čitavim nizom posebnih prava i obaveza kakve poznajemo kod založnog prava na pokretnim stvarima. Tako hipotekarni povjerilac nema obavezu da založenu stvar čuva, ne postavlja se dilema da li je ovlašten da je upotrebljava, uzima za sebe plodove, zahtijeva posjed itd.<sup>18</sup> Prava su ovog povjerioca u najvećoj mjeri osigurana upisom u zemljišnu knjigu, koji ga štiti od opasnosti koje bi mogle nastati nedozvoljenim pravnim raspolaganjem hipotekarnog dužnika.<sup>19</sup> Poslije faze

<sup>16</sup> M. Lazić, Sadržina hipoteke...str. 39.

<sup>17</sup> Mišljenja smo da prilikom buduće reforme stvarnog prava u Republici Srpskoj imperativnim normama treba propisati samo ona pravila sadržine hipoteke kojima se štiti pravni položaj dužnika, a dispozitivnim normama ostalu sadržinu. Time bi subjekti hipotekarnog odnosa imali mogućnost da u skladu sa svojim potrebama stvaraju različite oblike hipoteke. Slično: M. Lazić, Hipoteka, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede... str. 150.

<sup>18</sup> N. Gavela, Založno pravo, Zagreb, 1992, str. 191.

<sup>19</sup> Sigurno je da je bitno različit intenzitet zaštite hipoteke upisane u zemljišne knjige od nekih vrsta založnog prava, čiji se npr. sadržaj stalno mijenja.

osiguranja, koja traje od nastanka do dospijeca osiguranog potraživanja, nastaje faza namirenja.<sup>20</sup>

Pravna doktrina poznaje sljedeća osnovna prava hipotekarnog povjerioca: pravo namirenja, pravo prvenstva, pravo sljedovanja i prava u slučaju smanjenja vrijednosti objekta hipoteke. Pored ovih prava, značajna su i prava hipotekarnog povjerioca u stečajnom postupku.

Hipotekarna prava se u pravnoj teoriji, najčešće, dijele prema subjektu upisa i prema zavisnosti dejstva od dospjelosti potraživanja.<sup>21</sup>

Prema subjektu upisa prava hipotekarnog povjerioca dijele se na ona koja djeluju samo prema hipotekarnom dužniku i na ona koja djeluju prema trećim licima. U prava koja djeluju samo prema hipotekarnom dužniku spadaju pravo prodaje objekta hipoteke i pravo zasnivanja nadhipoteke, dok su prava koja djeluju prema trećim licima pravo prvenstvene naplate i pravo sljedovanja. Međutim, ova podjela nije dovoljno precizna i zbog toga se ne bi mogla u cijelosti prihvatiti. Naime, hipoteka je, mada složen i kompleksan, ipak jedinstven pravni odnos koji se sastoji od više komponenti koje su međusobno povezane i imaju svoj unutrašnji sklad i harmoniju, te čine jednu cjelinu, tako da se svako njihovo odvajanje može smatrati vještačkim.

Prema zavisnosti dejstva od nastupanja dospjelosti potraživanja, prava hipotekarnog povjerioca dijele se na ona koja postoje prije nastupanja dospjelosti tražbine i ona koja nastaju po nastupanju dospjelosti potraživanja. U prvu grupu spadaju prava hipotekarnog povjerioca za slučaj smanjenja vrijednosti predmeta hipoteke, a najvažnije pravo koje nastupa prilikom dospjelosti potraživanja svakako je pravo namirenja iz hipotekovanog dobra. No, i ova podjela se ne bi mogla u potpunosti prihvatiti, jer pravo namirenja nastaje momentom zasnivanja hipoteke,<sup>22</sup> a u određenim slučajevima može se realizovati i prije dospjelosti tražbine, a ostala prava djeluju i prije i poslije nastupanja dospjelosti.<sup>23</sup>

Pored ovih osnovnih podjela, postoji i podjela prava hipotekarnog povjerioca na primarna i sekundarna, prema značaju za ostvarenje funkcije hipoteke. Primarno pravo je pravo namirenja iz vrijednosti predmeta hipoteke i sva ostala prava, kao sekundarna, služe ostvarenju ovog prava.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Razlikovanje dejstva prava namirenja u raznim fazama postojanja hipoteke dovelo je do pokušaja pravne doktrine da se zaloga posmatra kroz "statičnu" i "dinamičnu" fazu. Statična faza zaloge ima funkciju pripremanja dinamične faze i služi da zaštiti stvar od svih eventualnih opasnosti, dok dinamična faza aktuelizuje to zadovoljenje kroz izvršni postupak. Zbog toga dinamična faza zaloge nastupa nakon uslova za realizaciju prava namirenja – v. Rubino, *La responsabilità patrimoniale, Il deo*, Torino, 1947, str. 240.

<sup>21</sup> M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 42.

<sup>22</sup> Samo je mogućnost njegovog aktiviranja uslovljena docnjom dužnika, odnosno dospjelošću potraživanja.

<sup>23</sup> Opširnije: M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 44.

<sup>24</sup> Slično: C. Karl Herman, *Bürgerliches Recht Sachenrecht*, Wiesbaden, 1963, str. 100.

### 3.1. *Pravo namirenja*

Ovo je centralno ovlaštenje hipotekarnog povjerioca i služi ostvarenju funkcije hipoteke.<sup>25</sup> Ostala prava su u neposrednoj funkciji realizacije ovog prava i njihova djelovanja zavise od ostvarenja osnovnog prava.

Hipotekarnom povjeriocu pripada pravo da zahtijeva namirenje svog potraživanja iz vrijednosti založene nekretnine<sup>26</sup> ako hipotekarni dužnik ne ispuni svoju dospjelu obavezu.<sup>27</sup> Pravo namirenja odnosi se na naplatu cjelokupnog potraživanja koje obuhvata glavnica, kamate i troškove realizacije hipoteke. Iako se ovo pravo ne može realizovati dok se ne ispune propisani uslovi, ono od samog sticanja hipoteke opterećuje svojina na hipotekovanom dobru. Pravo namirenja najprije postoji kao potencijalno materijalno-pravno ovlaštenje, čija potreba i mogućnost aktiviranja zavisi od ispunjenja određenih uslova.<sup>28</sup>

Da bi došlo do mogućnosti realizacije ovog prava, potrebno je da nastupi dospelost potraživanja<sup>29</sup> i docnja dužnika. Ove pretpostavke nastaju u obligacionom odnosu čijem obezbjeđenju služi hipoteka. Dospelost nastupa onda kada je prema ugovoru ili zakonu dužnik u obavezi da ispuni svoju obavezu, a povjerilac ovlašten da traži njeno ispunjenje. Docnja dužnika postoji u slučaju ako on u odgovarajućem roku ne ispuni svoju obavezu, niti ponudi njeno ispunjenje, a za odlaganje ispunjenja ne postoji pravno relevantan razlog. Krivica dužnika nije bitna za nastupanje docnje, a ni za realizaciju prava namirenja.<sup>30</sup> Pošto je osnovna posljedica docnje dužnika obaveza na plaćanje kamate, od tog momenta potraživanje hipotekarnog povjerioca se proširuje i na iznos dužnih kamata.

Pravo prodaje predmeta hipoteke<sup>31</sup> jeste ovlaštenje hipotekarnog povjerioca koje vremenski prethodi i u funkciji je ostvarenja prava namirenja.<sup>32</sup>

---

<sup>25</sup> Založno pravo nije jedino subjektivno pravo koje daje mogućnost da se povjerilac namiri iz vrijednosti stvari. No, ono je jedino stvarno pravo kojem je bitni sadržaj upravo ovlaštenje na namirenje.

<sup>26</sup> Kod zaloge se ne radi o namirenju potraživanja neposredno iz stvari, nego iz vrijednosti založene stvari – v. T. Tumbri, op. cit, str. 138.

<sup>27</sup> Odredba koja reguliše pravo namirenja tako je koncipirana kao da se radi o obligacionopravnom ovlaštenju tražiti namirenje, a ne stvarnopravnom ovlaštenju namiriti se. Vidi kritiku kod: N. Gavella, *Založno pravo...* str. 43; T. Tumbri, op. cit., str. 137-138.

<sup>28</sup> M. Lazić, *Sadržina hipoteke*, str. 48.

<sup>29</sup> Postojanje punovažnog potraživanja jeste *conditio sine qua non* bez koga ne može doći do realizacije hipoteke, zbog njenog akcesornog karaktera.

<sup>30</sup> Izuzetak predstavlja odredba člana 816. stav 1. Švajcarskog građanskog zakonika kojom je predviđeno da povjerilac ima pravo da se naplati iz cijene nekretnine ako je njegova obaveza ostala neispunjena krivicom dužnika.

<sup>31</sup> O prodaji javnim nadmetanjem: M. Mićović, *Zaključenje ugovora javnim nadmetanjem*, *Pravni život*, br. 10-12/1988, str. 1513; I. Jankovec, *Zaključenje ugovora javnim nadmetanjem*, *Privrednopravni priručnik*, br. 11/86, str. 23.

<sup>32</sup> Neki autori ovo pravo tretiraju kao posebno ovlaštenje hipotekarnog povjerioca – v. M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 71-72.

Prodaja omogućava realizaciju potraživanja putem hipoteke i ima sekundarni karakter u odnosu na namirenje.<sup>33, 34</sup>

Već smo istakli da je pravna doktrina saglasna da je namirenje povjerioca iz vrijednosti založene stvari njegovo pravo, ali ne i njegova obaveza. Zbog toga ga dužnik ne može natjerati da ovako postupi, čak i u slučaju da nema drugog načina namirenja. I sudska praksa je zauzela isto stanovište.<sup>35</sup>

Imajući u vidu načelo oficijelnosti založnog prava, koje je ovdje još strožije izraženo nego kod pokretnih stvari, to pravo ne može se realizovati neposrednim namirenjem povjerioca iz vrijednosti založene stvari, već on mora podnijeti tužbu kojom će od dužnika zahtijevati isplatu. Hipotekarnom tužbom (*actio hypothecaria*)<sup>36</sup> povjerilac pokreće postupak radi dobijanja izvršnog naslova kojim se utvrđuje pravo namirenja povjerioca i obaveza dužnika da to namirenje trpi.<sup>37</sup> Pretpostavke su za uspješnost hipotekarne tužbe, koje mora dokazati hipotekarni povjerilac, postojanje dospjele tražbine i ispravne hipoteke na nekretnini tuženog koja služi za obezbjeđenje tog potraživanja. Pravosnažna presuda predstavlja izvršni naslov na osnovu kojeg će hipotekarni povjerilac u izvršnom postupku zatražiti da se stvar proda na javnoj prodaji<sup>38</sup> (dakle, nije dovoljno da vanparničnim putem samo ustanovi postojanje hipoteke). Prema tome, za realizaciju svakog prava

<sup>33</sup> U izuzetnim slučajevima prodaja založene stvari nije potrebna. Ovo se odnosi na slučaj iregularne zaloge, gdje je predmet zalaganja novac.

<sup>34</sup> Pravo na *ius offerendi* mogućnost je hipotekarnog povjerioca da isplati potraživanje drugom povjeriocu zbog čije se tražbine traži prinudna prodaja predmeta hipoteke. Momentom isplate, taj povjerilac stupa na mjesto povjerioca čije je potraživanje isplatio. Ovu mogućnost ima i realni dužnik. Naše pravo to izričito ne propisuje ali se ovo može izvesti iz opštih propisa o pravu povjerioca na ispunjenje sa subrogacijom - članovi 299-311. ZOO.

<sup>35</sup> "Pravo je, a ne obaveza zalogoprimca, da se iz vrijednosti založene stvari namiri, tako da on može po svom izboru da zahtijeva vraćanje duga, a ne prodaju založene stvari" - Vrhovni sud Makedonije, Rev. 1080/86, od 6.11.1986. godine, Sudska praksa, br. 7/87, str. 45.

<sup>36</sup> U vrijeme principata u Rimu povjerilac je dobio realnu tužbu (*actio Serviana*) koja se mogla upotrijebiti protiv lica kod kojih se nalaze založene stvari. Ova tužba se od III v.n.e. naziva *actio hypothecaria*. O tome: D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1988, str. 179.

<sup>37</sup> U njemačkom pravu je predviđeno da založni povjerilac, takođe, mora da izdejtstvuje izvršni naslov da bi mogao da izvrši prodaju stvari u skladu sa propisima o prodaji (paragrafi 1147, 1233 II Njemačkog građanskog zakonika).

<sup>38</sup> O tome šire: N. Šarkić i D. Rašić, *Hipoteka, hipotekarni kredit i izvršenje prodajom nepokretnosti, u Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbjeđenje potraživanja*, Budva, 2000, str. 215.

Komparacije radi, hipoteka anglosaksonskog prava (*mortgage*) daje povjeriocu široku slobodu prilikom unovčavanja predmeta zaloge i realizuje se po znatno efikasnijem postupku od redovnog izvršnog postupka. Povjerilac po dospelosti tražbine vrši depozesiju dužnika i založenu nekretninu može prodati, izdati u zakup ili sa njom raspolagati na drugi način. Prodaja se vrši na javnoj dražbi ili neposredno u skladu sa postojećim trgovačkim običajima, a sam povjerilac može biti kupac na javnoj dražbi, a i kod neposredne prodaje po standardnoj cijeni - v. R. Bijorac i P. Knežević, *Pravo u postupku realizacije realnih instrumenata obezbjeđenja*, Pravni život, br. 11/1998. str. 39.

zaloga nužna je izvršna sudska prodaja zaloga na javnoj prodaji.<sup>39</sup> Prema Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO) postoje iznimke od ovog pravila kada je sam založni povjerilac ovlašten na neposrednu realizaciju založnog prava na pokretnim stvarima, bez sudske intervencije, ali te iznimke ne vrijede za hipoteku.<sup>40</sup>

Pored hipotekarne tužbe hipotekarnom povjeriocu stoji na raspolaganju i tužba iz založnog duga.<sup>41</sup> Ona se podnosi protiv ličnog dužnika, bez obzira na to da li je on dao nekretnine u svrhu obezbjeđenja i da li je on njihov sadašnji vlasnik. Ukoliko su lični dužnik i vlasnik opterećene nekretnine različita lica, tada se govori o tzv. elekcionoj konkurenciji oba zahtjeva.<sup>42</sup> Povjerilac ima pravo izbora koju će tužbu podići,<sup>43</sup> a može podići i obje, ako realizacija po jednom zahtjevu ne bi bila potpuna. U tom slučaju bi se drugi zahtjev odnosio na nenamireni dio potraživanja. Ukoliko dođe do kumulacije zahtjeva pred sudom, povjerilac se, po prirodi stvari namiruje iz vrijednosti založene nekretnine, a supsidijarno iz ostale imovine dužnika koja služi kao opšta zaloga hirografernih povjerilaca.<sup>44</sup> Naravno, povjerilac se može odlučiti i za realizaciju po drugoj tužbi.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> B. Vizner, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopравnim odnosima*, Zagreb, 1980, str. 409.

Interesantna su bila ovlaštenja Državne hipotekarne banke pri naplati potraživanja iz hipotekovanih dobara - vidjeti članove 47-62. Zakona o uređenju Uprave fondova iz 1924. godine. Ova ovlaštenja bila su nužna da bi kreditni i hipotekarni poslovi funkcionisali s obzirom na načelo oficijelnosti hipoteke i dužinu izvršnog postupka. Postoje mišljenja da bi trebalo donijeti zakon o osnivanju hipotekarne banke koja bi preuzela sve poslove u vezi hipoteke.

<sup>40</sup> U pogledu hipotekarne tužbe navodimo karakteristične sudske odluke:

“S obzirom na narav i svrhu hipotekarne tužbe (ishodjenje sudske prodaje zaloga putem javne dražbe), tražbina radi koje se traži prodaja založnog dobra mora biti dospjela i uknjižena, a njezin zahtjev ima glasiti da je tuženi hipotekarni dužnik dužan priznati da je tužitelj ovlašten tražiti namirenje svoje tražbine iz odnosnih nekretnina (založnog dobra) i dopustiti da se tražbina namiri. Pogrešno je stoga obvezivanje tuženog na plaćanje hipotekarne tražbine, jer držalac zaloga ako nije i osobni dužnik, ne prima nikakve obveze, osim obveze da mora dopustiti da se založni vjerovnik, ako mu je tražbina dospjela i uknjižena, namiri iz zaloga” - Vrhovni sud Hrvatske, Gž-3119/76, od 13.1.1977, u R. Petaković, *Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima sa sudskom praksom*, Beograd, 1990, str. 62.

“Tužbeni zahtjev hipotekarnog vjerovnika protiv hipotekarnog dužnika treba sadržavati, između ostalog, i utvrđenje opsega tražbine hipotekarnog vjerovnika kao i obvezu hipotekarnog dužnika da trpi namirenje tako utvrđene tražbine putem javne prodaje nekretnina dužnika opterećenih založnim pravom” - Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1375/94, od 25.1.1996, *Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske* br. 2/96-61.

“Postojanje razloga za prestanak hipoteke, a to je i slučaj kad hipotekarni dužnik plati potraživanje čini neosnovanom hipotekarnu tužbu” - Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev. 2418/1995 od 25.3.1999. godine, *Izbor odluka Vrhovnog suda Hrvatske*, br. 2/99.

<sup>41</sup> Vidi: B. Soergel i W. Siebert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, IV, *Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz*, 1968, str. 668.

<sup>42</sup> Z. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002, str. 463.

<sup>43</sup> Za njega ne postoji obaveza da namirenje najprije zahtijeva iz vrijednosti hipotekovanog dobra.

<sup>44</sup> D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980, str. 292.

<sup>45</sup> Z. Rašović, *Stvarno pravo... str. 463.*

Pravna doktrina smatra da hipotekarna tužba djeluje prema univerzalnom sukcesoru tuženog, a ne i prema njegovom singularnom sukcesoru. Ukoliko se nakon podizanja tužbe, ali prije dobijanja izvršnog naslova, otuđi opterećena nekretnina, postupak se ne može nastaviti prema novom vlasniku i hipotekarni povjerilac mora protiv njega podnijeti novu tužbu. Ovo se može izbjeći zabilježbom hipotekarne tužbe i tada bi ona imala dejstvo i prema kasnijem vlasniku predmeta hipoteke.<sup>46</sup>

ZOO je dopustio mogućnost naplate zastarjelog potraživanja obezbijeđenog ručnom zalogom ili hipotekom ukoliko povjerilac drži stvar u rukama ili je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi. Postojanje i realizacija založnog prava, shodno načelu akcesornosti, uslovljeno je postojanjem potraživanja, makar i kao naturalne obligacije odnosno "duga časti", a ne od postojanja tražbine koja se može prinudno ostvariti.<sup>47</sup> Zbog toga zastarjelost potraživanja ne dovodi do prestanka hipoteke.<sup>48</sup>

Tokom trajanja obligacije može doći do izmjene vrijednosti potraživanja za koje postoji garancija. Naime, može doći do njegovog povećanja ili smanjenja i postavlja se pitanje šta se dešava sa hipotekom u takvim slučajevima. Smatramo da se hipotekom obezbjeđuje potraživanje u cijelosti, te da treba uzeti da garancija obezbjeđuje i kasnije povećanje glavnog potraživanja, kao što su kamate i druga sporedna potraživanja, te troškovi prinudne naplate, dok na isti način ne bi trebalo tretirati i smanjenje potraživanja, jer bi to značilo sukob sa principom nedjeljivosti.<sup>49</sup>

Na ovom mjestu želimo istaći i to da efikasnost pravnog poretka najviše zavisi od efikasnosti sudskog izvršnog prava, kao završnog stadijuma u ostvarivanju nekog prava, a da je povjerenje u sudsku vlast upravo onoliko koliko su ti organi efikasni.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> D. Stojanović, *Stvarno pravo ...* str. 293.

<sup>47</sup> Z. Rašović, *Načela založnog prava u OIZ za CG, Glasnik odjeljenja društvenih nauka, Titograd (Podgorica), 1989, str. 311.*

<sup>48</sup> Njemački građanski zakonik u paragrafu 223. propisuje da zastarjelost potraživanja koje je obezbijeđeno hipotekom, ili hipotekom na brodu ili zalogom, ne sprečava povjerioca da zahtijeva namirenje iz založene stvari. Francuski građanski zakonik u članu 2180. dopušta mogućnost prestanka hipoteke usljed zastarjelosti hipotekarnog prava, bez obzira na tražbinu kao glavno pravo, ukoliko lični i realni dužnik nisu ista lica. Prema Švajcarskom građanskom zakoniku (član 807) dopuštena je mogućnost naplate zastarjelog potraživanja samo za zalogu na nekretninama koja je upisana u javne registre.

<sup>49</sup> O tome: Z. Rašović, *Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, Podgorica, 1999, str. 260-261.*

<sup>50</sup> Tako je pravo na pravnu zaštitu u razumnom roku propisano članom 6. st. 1. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda određeno kao osnovno ljudsko pravo.

Inače, prema Ustavu BiH, prava i slobode predviđene ovom Konvencijom i njenim protokolima direktno se primjenjuju u BiH i imaju prioritet nad svim drugim zakonima (član II. st. 2. Ustava BiH).

Poznato je da su u zapadnim zemljama sudski postupci veoma brzi i efikasni,<sup>51</sup> dok su kod nas odredbe Zakona o izvršnom postupku - ZIP-a (a i Zakona o parničnom postupku) ranije očigledno bile neprimjerene tržišnom privrednom sistemu. Privilegovanim položajem dužnika u izvršnom postupku bila je potpuno dezavuisana i osnovna funkcija sredstava obezbjeđenja potraživanja.<sup>52</sup> Dužnikova procesna ovlaštenja bila su mnogobrojna, a nisu postojali odgovarajući mehanizmi za sprečavanje njihovih zloupotreba. Zbog toga je bilo potrebno što prije izvršiti promjene u zakonskoj regulativi, a posebno uraditi temeljitu izmjenu ZIP-a.<sup>53</sup>

Republika Srpska je donijela novi ZIP,<sup>54</sup> kojim je značajno poboljšan položaj povjerilaca u odnosu na ranije propise. No, najskuplje i najsporije sredstvo izvršenja, izvršenje prodajom nepokretnosti, trebalo je još više revidirati u smislu ubrzanja vođenja tog postupka. Samo na taj način bi bio uspostavljen adekvatan pravni okvir i odgovarajući standard pravne zaštite povjerilaca, koji bi doveo do promjene u radu sudova te stvaranja povjerenja u naš pravni sistem. Time bi se otklonio i jedan od osnovnih nedostataka hipoteke, a to je neefikasnost sudskog postupka za njenu realizaciju.

### **3.2. Pravo prvenstva**

Pravom prvenstva određuje se odnos hipotekarnog povjerioca i ostalih povjerilaca hipotekarnog dužnika povodom objekta hipoteke.

Povjerilac čija je tražbina obezbijedena hipotekom ima pravo prvenstva prilikom naplate svog potraživanja iz vrijednosti založene nekretnine i može da se naplati prije običnih povjerilaca (bez obzira da li je njihovo potraživanje nastalo prije ili poslije njegovog prava potraživanja), a i prije onih hipotekarnih povjerilaca čija je hipoteka kasnije upisana u javne knjige. Hipoteka koja je ranije stečena omogućava povjeriocu da svoju tražbinu naplati u cijelosti, dok se kasniji povjerilac može naplatiti samo

<sup>51</sup> Naročito je u Njemačkoj je razrađen dokumentarni postupak koji pokreće povjerilac uz dostavu robnih dokumenata iz kojih se vide osnov i visina potraživanja. Nakon njihovog pregleda, ako ocijeni da iz njih zaista proizilazi osnov i visina tražbine, sud odmah dozvoljava izvršenje. U slučaju prigovora dužnika spor se nastavlja, ali pošto je povjerilac već naplatio svoje potraživanje, sada je dužnik više zainteresovan za brzo okončanje predmeta.

<sup>52</sup> Neki autori su zbog toga smatrali da je ranije važeći ZIP bio "sav na strani dužnika", a u stručnim krugovima se on često nazivao "dužničkim zakonom". Vidjeti: V. Ristić, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Beograd, 1999, str. 8.

<sup>53</sup> O novim rješenjima u Republici Hrvatskoj v. M. Dika, Novo ovršno pravo – neki temeljni instituti, u Novo ovršno pravo, Zagreb, 1996, str. 1; N. Šepić, Ovrha na imovini pravnih osoba, u Novo ovršno pravo, Zagreb, 1996, str. 61.

<sup>54</sup> "Službeni glasnik RS" br. 59/03. Zakon je stupio na snagu 1.8.2003.

Vidi: M. Živanović, Nova rešenja u izvršnom procesnom pravu, u Zborniku radova sa savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2003, str. 341; M. Živanović, Reforma građanskog procesnog prava u Republici Srpskoj, u Zborniku radova sa savjetovanja "Reforma i funkcionisanje pravnog sistema u Republici Srpskoj", Banja Luka, 2003, str. 72.

iz iznosa koji je ostao poslije njegovog namirenja, pa je vidljivo da je rang za ostvarivanja prava<sup>55</sup> od krucijalnog značaja u postupku prinudne prodaje nekretnina i da je njegov ekonomski značaj veliki.<sup>56</sup> Ukoliko se zbog bilo kojeg razloga u zemljišnoj knjizi izbriše prethodna hipoteka, na njeno mjesto dolazi naredna, a ako prethodni hipotekarni povjerilac namiri svoju tražbinu, iz ostatka cijene prodane nekretnine namiruje se sljedeći hipotekarni povjerilac i tako redom.<sup>57</sup>

U slučaju da na istoj nekretnini postoji više hipoteka, redosljed hipoteka određuje se prema trenutku njihova nastanka, ako zakonom nije drugačije određeno.<sup>58</sup> Međutim, kada se ima u vidu da se prema odredbama ZOSPO-a hipoteka na osnovu pravnog posla ili sudske odluke stiče upisom u javne knjige, smatramo da bi se red prvenstva na nekretninama trebalo određivati prema prioritetu podnošenja molbe sudu za upis hipoteke u zemljišne knjige,<sup>59</sup> jer rang za jedno pravo nastaje ne njegovim nastankom, već momentom podnošenja zahtjeva za upis u zemljišne knjige.<sup>60</sup>

Analogno navedenom, pravo prvenstva ima dva aspekta i može se posmatrati dvojako: kao pravo prvenstvene naplate i kao pravo prvenstvenog reda.<sup>61</sup> Pravom prvenstvene naplate reguliše se odnos koji postoji između

---

<sup>55</sup> Rang imaju samo stvarna prava, zbog vezanosti za stvar, dok ga obligaciona prava nemaju, jer regulišu odnose između lica.

<sup>56</sup> Pravom prvenstva se ranije bavio i Ž. Perić: O prvenstvenom pravu naplate između države i hipotekarnih povjerioca, Beograd, 1901. i O prvenstvu između intabulacije (hipoteke) i tapije (ubaštinenja), Odlomak iz predavanja iz Gradanskog prava (o ugovoru i prodaji), Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga X, br. 1/1910.

<sup>57</sup> P. Simonetti, Hipoteka (objekt, obujam, sticanje), Zakonitost, br. 9-10/1990, str. 1120.

<sup>58</sup> ZOSPO, član 65.

<sup>59</sup> U ovom pravcu citiraćemo dio obrazloženja iz presude ranijeg Vrhovnog suda Hrvatske Gž-1807/76-2, od 27.3.1976, koja je objavljena u knjizi O. Stankovića i M. Orlića, Stvarno pravo, Beograd, 1982., na stranici 347: "Za zemljišno-knjižno pravo vrijedi načelo prema kojem pravo koje je u zemljišne knjige upisano ranije ima prvenstvo pred pravom koje je u zemljišne knjige upisano kasnije. Međutim, prvenstveni red upisa prosuđuje se prema trenutku u kojem je podnesak sa zahtjevom za upis stigao zemljišnoknjižnom sudu (pravno pravilo iz paragrafa 29. st. 1. biv. Zakona o zemljišnim knjigama). Taj je trenutak, kada zemljišno knjižni prijedlog (molba) stigne zemljišnoknjižnom sudu - mjerodavan i za prosuđivanje o prijedlogu (pravno pravilo iz paragrafa 103. ZOZK). Prema tome za stjecanje promjenu ili utruće knjižnih prava od odlučne je vrijednosti vrijeme kada je prijedlog (molba) za upis toga prava, odnosa ili činjenice stigao zemljišnoknjižnom sudu, a ne vrijeme donošenja rješenja ili konačnog izvršenja predloženog upisa. Upis i njegove posljedice prosuđuju se dakle prema vremenu kada je odnosni podnesak stigao zemljišnoknjižnom sudu. Stoga, ako se od dva podneska koji se odnose na isto zemljišnoknjižno tijelo, prvi riješi onaj kasnije podnijeti podnesak i to rješenje prvo upiše u zemljišnu knjigu, time ranije podnijeti podnesak ne gubi pravo prvenstva stečeno ranijim podnošenjem".

Novi Zakon o zemljišnim knjigama RS propisuje da se red prvenstva računa prema redosljedu upisa u zemljišnu knjigu, osim ako u zemljišnoj knjizi nije upisano nešto drugo (član 45. stav 2.), ali iz cjeline odredbi jasno je da redosljed upisa mora odgovarati redosljedu pristiglih zahtjeva, čime je zaštićen prvi, savjesni podnosilac zahtjeva za upis.

<sup>60</sup> Vidjeti: T. Tumbri, op. cit., str. 142.

<sup>61</sup> Vidi: I. Krkljuš, Pravo zaloge prema ZOSO, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, Novi Sad, 6/1980. str. 4.

hipotekarnih i običnih (hirografernih)<sup>62</sup> povjerilaca povodom hipotekovanog dobra. Kao što smo vidjeli, hipotekarni povjerilac ima pravo prvenstvene naplate u odnosu na sve obične povjerioce. Pravom prvenstvenog reda se propisuje odnos između hipotekarnih povjerilaca povodom objekta hipoteke.<sup>63</sup> Utvrđivanje prvenstvenog reda vrši se po načelu koje je prihvaćeno u modernom pravu: raniji u vremenu, jači u pravu (prior tempore potior iure). Kod nas je prihvaćen princip klizećeg ranga. To znači da ako se ugasi hipotekarno pravo sa prvenstvenim redom, da na njegovo mjesto automatski stupa hipotekarno pravo sa sljedećim redom prvenstva.<sup>64</sup> Za svaku kasniju hipoteku rizik naplate je veći, pa se srazmjerno većoj opasnosti zbog višeg ranga dobija veća kamata. Obično se kaže: "Hipotekar sa prvenstvenim rangom spava bolje, ali živi lošije ("mršava" kamata). Hipotekar sa trećim ili četvrtim rangom spava lošije, ali živi bolje (viša kamata)."<sup>65</sup> Dakle, uspostavljanje ranga ima veliki pravni i ekonomski značaj, posebno u slučaju kada vrijednost nekretnine ne dostiže dovoljan iznos za naplatu potraživanja svih povjerilaca.<sup>66</sup>

Promjene reda prvenstva se i u sistemu klizećeg i u sistemu fiksnog ranga mogu vršiti tzv. ustupanjem reda prvenstva. Ono postoji kada hipotekarni povjerilac sa ranijim redom, ustupi svoj red nekom od hipotekarnih povjerilaca sa kasnijim redom, a prilikom toga njegovo pravo prvenstva stupa nazad. Najčešće, pravo koje stupa nazad dolazi na mjesto prava koje ide naprijed. Prema tome, radi se o zamjeni mjesta dva hipotekarna povjerioca. Za ustupanje reda prvenstva u sistemu klizećeg ranga smatramo da nije potrebna saglasnost vlasnika predmeta hipoteke, jer u ovakvom sistemu prestanak jedne hipoteke ne koristi vlasniku koji nema pravo na svojinsku hipoteku i ne može zadržati "oslobođeni" rang.<sup>67</sup> Ustupanjem reda prvenstva može i više prava istovremeno stupiti na mjesto drugoga prava.

<sup>62</sup> To su povjerioci čije potraživanje nije obezbijedeno hipotekom, a kojima dužnik garantuje cjelokupnom svojom imovinom, pa tako i založenom stvari.

<sup>63</sup> O rangu kod hipoteke i o rangu stvarnih prava opširno: M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 81; M. Lazić, *Rang stvarnih prava*, *Pravni život* br. 10/2002, str. 71-83.

<sup>64</sup> Drukčije rješenje postoji u pravima koja prihvataju princip tzv. fiksnog ranga. Kada dođe do isplate hipotekarnog povjerioca prvog po rangu, na njegovo mjesto ne dolazi povjerilac sa narednim pravom prvenstva, već vlasnik objekta hipoteke na njoj stiže svojinsku hipoteku sa kojom može slobodno raspolagati. Ovo postoji u njemačkom pravu, a i u pravu Švajcarske, gdje je dopuštena i njegova izmjena, pod određenim uslovima (član 814. Švajcarskog građanskog zakonika).

<sup>65</sup> W-R. Bub, M. Schmid, H-G. Jatzek: *Grundstucke-erwerben, besitzen, belasten und verkaufen*, München, 1996, str. 111.

<sup>66</sup> Samo ograničena stvarna prava (iura in re aliena) imaju rang, jer se pravo svojine ne može rangirati, pošto se radi o isključivom stvarnom pravu. Inače, mogli bismo se složiti sa mišljenjem dr Dragoljuba Stojanovića da nije ispravan naziv ograničeno stvarno pravo, ako se pod tim misli na založno pravo, služnosti, realne terete. Sve su to "puna stvarna prava sa ograničenim sadržajem u odnosu na svojinu" - v. D. Stojanović i D. Petrović, *Komentar ZOSO*, Beograd, 1991, str. 58. Mi ćemo ipak upotrebljavati termin ograničeno stvarno pravo, jer je kod nas uobičajen.

<sup>67</sup> Tako i M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* op. cit., str. 86.

Međusobni red prvenstva se tada određuje prema mjestu koje su ta prava imala prije ustupanja.

Smatramo da bi prihvatanje fiksnog ranga u našem pravu bilo korisno i da bi donijelo pozitivne efekte. Naime, klizeći rang je takva prednost za povjerioca na koju ne može sa sigurnošću računati, a fiksni rang nije upravljen protiv hipotekarnih povjerilaca sa kasnijim rangom, jer oni prilikom zasnivanja hipoteke isključuju mogućnost poboljšanja svog ranga bez odgovarajuće naknade.

Ustupanje reda prvenstva treba razlikovati od ustupanja potraživanja (cesije). Kod cesije na mjesto dosadašnjeg hipotekarnog povjerioca može doći svako treće lice kao prijemnik prava.

Međutim pravom prvenstva ne određuje se konačan redoslijed namirenja iz vrijednosti založene stvari. Naime, postoje i tzv. privilegovana potraživanja na koja se pomenuta pravila ne primjenjuju, već se ona namiruju preko reda, mimo prava prvenstva utvrđenih materijalnim pravom.<sup>68</sup> Najčešće su to potraživanja države po osnovu dospjelih dažbina, ali može da se radi i o drugim tražbinama. Inače, postojanje ovakvih potraživanja otvara mnoga interesantna pitanja, od čijeg rješenja zavisi razrješenje brojnih životnih situacija. Primjera radi, zanimljiv je odnos države sa hipotekarnim povjeriocima.<sup>69</sup> Država kao privilegovani povjerilac smatra da uvijek ima pravo prvenstvene naplate po osnovu privilegovanog potraživanja u odnosu na pojedinca, što se pravda opštim interesom koji ima veći značaj od interesa pojedinca. Zakonodavac je stvorio ovaj privilegovani položaj da bi osigurao naplatu prihoda bez kojih država ne bi mogla normalno funkcionisati i može se konstatovati da na dužnikovim nekretninama ima zakonsku zalogu.<sup>70</sup> Hipotekarni povjerioci se naplaćuju tek pošto država prethodno bude izmirena za porez, bez obzira na činjenicu što je njen zahtjev za namirenje tražbine nastao poslije upisa hipoteke u javne knjige. U slučaju da se u postupku prinudne prodaje nekretnine dobije suma koja je dovoljna za namirenje svih potraživanja u cjelini, pitanje obima namirenja ne bi bilo potrebno

<sup>68</sup> Vidjeti: D. Vuksanović, Privilegovana potraživanja u našem pravu, u *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Zbornik radova sa savetovanja pravnika u Budvi*, Beograd, 2004, str. 227-235.

<sup>69</sup> Ovaj problem postojao je i ranije, a najbolji dokaz je pomenuta knjiga prof. Živojina Perića "O prvenstvenom pravu naplate između države i hipotekarnih povjerilaca." Prof. Perić je u ovom djelu dao odličnu osnovu za razumijevanje pravne prirode privilegovanih potraživanja, a nedostaci tadašnje zakonske regulative mogu se prenijeti i na sadašnja zakonodavna rješenja. Kao glavnu manu državne privilegije prof. Perić je istakao njenu generalnost (citirano djelo, str. 122), a ona se tiče ostalih povjerilaca poreskog obveznika i ovdje počinju teškoće, jer se na tom mjestu država sukobljava sa pojedincima. Prema njegovim riječima, postoji potreba da se nađe jedan sistem podesan da u isti mah zadovolji i državine interese, a da ni interese pojedinaca ne ošteti (citirano djelo, str. 124).

<sup>70</sup> Vidi: D. Adžić, Obim državne hipoteke u odnosu na potraživanja hipotekarnih povjerilaca u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Zbornik radova sa savetovanja pravnika u Budvi*, Beograd, 2003, str. 220.

ni postavljati. Međutim, ukoliko taj iznos nije dovoljan za namirenje svih potraživanja, može da se pojavi dilema u kom obimu namiriti privilegovano potraživanje države u odnosu na tražbinu hipotekarnog povjerioca, jer su postojeća rješenja očito u suprotnosti sa potrebama kreditora. Naime, imajući u vidu činjenicu da postoji sve veća potreba za hipotekarnim kreditima, može da se postavi pitanje da li će hipotekarne banke uopšte biti zainteresovane za davanje ovakvih kredita sa rizikom da se možda neće moći namiriti iz založene imovine. Zbog toga smatramo da državi treba dati prednost i privilegiju u postupku namirenja u odnosu na hipotekarne povjerioce, ali samo u racionalnim granicama i onom obimu u kome to ne bi škodilo interesima ovih povjerilaca. U određenim slučajevima poželjno bi bilo dati neke privilegije i ovim povjeriocima, ali naravno samo toliko da njihovo namirenje ne šteti prioritetnim interesima države. Prema tome, nesumnjivo je da treba voditi računa i o opštim interesima, ali i o interesima pojedinca, jer tek kada se zadovolje oba interesa, stvaraju se pretpostavke za funkcionisanje vladavine prava i postojanje pravne države.<sup>71</sup> Državi treba dati privilegije, ali one ne bi smjele biti neograničene, a ostvarenje jednog interesa pretpostavka je za ostvarenje drugog. U današnjim uslovima, nedvojben je značaj hipotekarnog kreditiranja, kako za interese pojedinaca, tako i za ukupan ekonomski razvoj, pa je sigurno da o ovome treba voditi i posebnu pažnju. Očigledno je da se radi o veoma osjetljivom i suptilnom pitanju, koje sigurno zaslužuje raspravu na širem nivou, a kriterijum opredjeljenja u svakoj situaciji trebao bi da bude društveni interes.

### ***3.3. Pravo hipotekarnog povjerioca u slučaju smanjenja vrijednosti hipotekovane stvari***

U slučaju da hipotekarni dužnik smanjuje vrijednost založene nekretnine ili na drugi način pogoršava njeno stanje, odnosno svojim radnjama dovodi u opasnost interese hipotekarnog povjerioca,<sup>72</sup> ovaj ima pravo tražiti da sud naloži hipotekarnom dužniku da se uzdrži od takvih radnji (zahtjev za propuštanje je sličan zahtjevu iz *actio negatoriae*), a ako on to ne učini, može zahtijevati prisilnu naplatu osigurane tražbine i prije njene dospjelosti - tzv. devastaciona tužba.<sup>73, 74</sup>

<sup>71</sup> Tako i: D. Adžić, op. cit, str. 224.

<sup>72</sup> Založni dužnik mora da spriječi i štetne radnje koje preduzimaju lica koja su njegovi pomoćnici u posjedovanju, zatim lica koja priznaju njegovu vlast i kojima je, zbog odnosa sa njima, u stanju tako nešto zabraniti. O tome i: N. Gavella, *Založno pravo...* str. 191.

<sup>73</sup> ZOSPO, član 67.

<sup>74</sup> Ovakav pravni stav zauzeo je i Kantonalni sud u Sarajevu: "Prije dospjelosti potraživanja hipotekarni vjerovnik može: a) tužbom tražiti da se naloži hipotekarnom dužniku da ne smanjuje ili ne pogoršava vrijednost nekretnine odnosno da se uzdrži od takvih radnji i b) ako dužnik ne postupi u skladu sa nalogom suda da traži prisilnu naplatu potraživanja osiguranog hipotekom" - *Bilten sudske prakse Kantonalnog suda Sarajevo*, br. 1/2001, str. 33.

Dakle, prava za zaštitu hipotekarnog povjerioca do ispunjenja uslova za realizaciju hipoteke su, prije svega, usmjerena na očuvanje vrijednosti predmeta hipoteke, a tek ako se smanjenje vrijednosti ne spriječi, postoji mogućnost korištenja prava na prijevremenu realizaciju namirenja potraživanja.<sup>75</sup> U tom slučaju pravo na prijevremenu realizaciju hipoteke predstavlja sankciju za štetno postupanje vlasnika prema založenoj stvari. Hipotekarni dužnik se tako lišava posjeda i svojine na predmetu hipoteke prije dospelosti obaveze.<sup>76</sup> Prava koja ima u slučaju smanjenja vrijednosti predmeta hipoteke, hipotekarni povjerilac može koristiti od trenutka zasnivanja hipoteke pa do momenta dospelosti potraživanja koje se obezbjeđuje. Naše pravo ne traži krivicu vlasnika stvari kod smanjenja njene vrijednosti, već je potrebno da između njegove radnje i smanjenja vrijednosti stvari postoji uzročna veza. Inače, interes hipotekarnog povjerioca ugrožen je ako je smanjenje vrijednosti predmeta hipoteke izvršeno toliko da postoji stvarna i objektivna opasnost da prodajom stvari neće moći u cijelosti da se namiri potraživanje obezbijedeno hipotekom. Zato je neophodno da je smanjenje vrijednosti predmeta hipoteke izvršeno u toj mjeri u kojoj se ugrožava funkcija hipoteke,<sup>77</sup> i to utvrđivanje treba vršiti u svakom konkretnom slučaju.

Ta facultas alternativa pripada samo hipotekarnom povjeriocu koji je nosilac dobrovoljnog založnog prava na nekretnini. Ona ne pripada nosiocu prisilnog založnog prava, jer se ovo založno pravo na nekretnini ne može steći prije pravosnažnosti i izvršnosti presude kojom je naloženo dužniku da plati potraživanje koje se osigurava prisilnom hipotekom na dužnikovoj nekretnini. Prisilno založno pravo na nekretninama nastaje samo kao sredstvo osiguranja, koje određuje sud u postupku osiguranja, a po pravilima tog postupka sud može odrediti na prijedlog povjerioca osnivanje založnog

<sup>75</sup> Član 2131. Francuskog građanskog zakonika predviđa pravo hipotekarnog povjerioca na dopunu hipoteke ili isplatu iz postojećeg predmeta obezbjeđenja prije dospelosti tražbine, ako vlasnik založene stvari umanjnjem vrijednosti založene stvari ugrožava interes povjerioca. Švajcarski građanski zakonik u članu 809. propisuje da hipotekarni povjerilac može od dužnika – vlasnika zahtijevati ponovno uspostavljanje ranijeg stanja ako je smanjenje vrijednosti založene stvari već nastupilo, a ako samo prijeti ugrožavanje, može zahtijevati mjere obezbjeđenja koje ako se ne ispoštuju, daju povjeriocu pravo da zahtijeva dopunu zaloge ili otplatu duga u ratama.

<sup>76</sup> Ovakvo rješenje kod nas sadrži nedostatke zbog toga što hipotekarni povjerilac ima ovo pravo samo ako je štetna radnja preduzeta od strane hipotekarnog dužnika odnosno vlasnika stvari, a ne i ako je preduzeta od strane trećeg lica. Hipotekarnom povjeriocu je trebalo omogućiti ovakvu zaštitu i od štetnih dejstava trećih lica. Ovako, on bi imao pravo da od vlasnika stvari zahtijeva zaštitu njene vrijednosti od tih štetnih dejstava i ovo rješenje je prihvaćeno i u njemačkom pravu. Vidi: O. Stanković, O podeli prava na apsolutna i relativna (obligaciona), *Anal. Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5-6/1985, str. 714.

Međutim, postoje i mišljenja da, iako to zakon nije izričito predvidio, hipotekarni povjerilac može tražiti sudsku zaštitu i u odnosu na treća lica koja bi svojim postupcima protivpravno ugrožavala njegove interese zaštićene hipotekom, s obzirom na stvarnopravni karakter prava zaloga, po kojem ono djeluje prema svima (erga omnes).

<sup>77</sup> M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 69.

prava na nekretninama samo koji se bazira na izvršnoj ispravi koja glasi na novčano potraživanje.<sup>78</sup>

Prema tome, kod hipoteke do prijevremene prodaje založene stvari dolazi zbog postupanja sa stvari od strane hipotekarnog dužnika protivno ugovoru i zakonu, dok kod ručne zaloge prijevremena prodaja može se tražiti kad se založena stvar kvari ili kad inače gubi vrijednost.<sup>79</sup>

### **3.4. Pravo sljedovanja**

Veoma je značajno da hipotekarni povjerilac ima i pravo da se naplati iz vrijednosti koja se dobija prodajom založene nekretnine bez obzira da li se stvar nalazi u vlasništvu i posjedu hipotekarnog dužnika ili je prešla u vlasništvo trećeg lica (pravo sljedovanja).<sup>80</sup> To pravo proizilazi iz stvarnopravnog karaktera i vezanosti hipoteke za stvar koja čini njen predmet. Pravo sljedovanja predstavlja zamjenu za posjed založene stvari kod ručne zaloge, koje omogućava realizaciju hipoteke.<sup>81</sup> Primjena ovog prava dolazi u obzir i kada se samo dio predmeta hipoteke prenese na treće lice, a to proizilazi iz načela nedjeljivosti hipoteke. Hipotekarni povjerilac ima pravo sljedovanja u slučaju da je izvršen upis hipoteke ako je upis pravilan i ukoliko je izvršen prije otuđenja hipotekovanog dobra.<sup>82</sup> Pravo sljedovanja hipotekarnog povjerioca, a sa njim i čitava hipoteka, zavisi od toga da li je prihvaćeno načelo upisa. Ako načelo upisa nije poštovano, ni hipoteka ne može postojati.<sup>83</sup> Sudska praksa je osporila ovo pravo u situaciji kada je hipotekarni dužnik, kao zemljišnoknjižni vlasnik stvari, prodao i predao nekretninu prije zasnivanja hipoteke, ali pri tome nije izvršen i zemljišnoknjižni prenos.<sup>84</sup> To stanovište odgovara sigurnosti pravnog saobraćaja i savjesnosti u poslovnom prometu.

Pravo sljedovanja je značajno obilježje hipoteke, jer ako ono ne bi postojalo ili ne bi bilo u potpunosti obezbijeđeno, ni hipoteka ne bi bila pouzdano sredstvo obezbjeđenja povjeriočeve tražbine.<sup>85</sup> Tek sa njim hi-

<sup>78</sup> O tome: N. Gavella, Založno pravo... str. 192.

<sup>79</sup> Prema članu 982. ZOO postoji mogućnost prodaje založene stvari prije dospelosti tražbine u slučaju kad se založena stvar kvari ili gubi vrijednost, te postoji opasnost da postane nedovoljna za obezbjeđenje potraživanja. Ova prodaja prije roka služi samo obezbjeđenju namirenja a ne i prevremenom namirenju, jer se dobijeni novčani iznos deponuje kod suda i iz njega se potraživanje može namiriti tek po dospelosti.

<sup>80</sup> Pravo sljedovanja je, inače, opšta karakteristika stvarnih prava koja je posljedica njihovog djelovanja prema svima i različita je kod pojedinih vrsta stvarnih prava. Vidi: O. Stanković i M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1982, str. 3.

<sup>81</sup> M. Lazić, Sadržina hipoteke... str. 92.

<sup>82</sup> A. Ehrenzweig, System des osterreichischen allgemeinen Privatrechts, I deo, Das Sachenrecht, Wien, 1923. str. 458.

<sup>83</sup> O. Stanković i M. Orlić, op. cit. str. 409.

<sup>84</sup> VSJ, Rev. 2155/64, od 29.9.1964, ZSO, 1965, knj. X, sv. 3, odl. br. 319.

<sup>85</sup> Pravo sljedovanja u francuskom pravu propisuje se kao specijalno pravo hipotekarnog povjerioca (članovi 2116 i 2166. Francuskog građanskog zakonika). U njemačkom pravu ovo

poteka u cijelosti može da zadovolji sve što se od nje i uopšte od založnog prava traži.<sup>86</sup> U suprotnom, hipotekarni dužnik bi otuđujući nekretninu trećim licima lako mogao osujetiti mogućnost povjeriočeve naplate, i to bi doista bilo protivno osnovnim principima dobro organizovanog založnog prava i samoj svrsi obezbjeđenja povjeriočeve tražbine.<sup>87</sup>

Tužbom *vindicatio pignoris* založni povjerilac, kao stvarno-pravni ovlašćenik, analogno rei vindicationem zahtjevu vlasnika, može tražiti od svakog trećeg lica predaju zaloga.<sup>88</sup>

#### 4. *Obaveze hipotekarnog povjerioca*

Osnovna je obaveza hipotekarnog povjerioca davanje saglasnosti hipotekarnom dužniku za brisanje hipoteke iz javnih knjiga u koje su upisane. Hipotekarni povjerilac izdaje brisovnu dozvolu zbog toga što je došlo do prestanka hipoteke, a to je uslov da zainteresovano lice zahtijeva brisanje hipoteke u javnoj knjizi. Prestanak hipoteke brisanjem uknjižbe je neophodan, jer hipoteka u slučaju materijalno-pravnog prestanka egzistira i bez potraživanja, s tim što se ne može punovažno vršiti. Brisanjem hipoteke pravo svojine hipotekarnog dužnika oslobađa se tereta i ponovo uspostavlja u svom punom kapacitetu. Pravo tražiti brisanje hipoteke ima svako zainteresovano lice. Najčešće je to hipotekarni dužnik kao vlasnik predmeta hipoteke, a u određenim slučajevima brisanje hipoteke može tražiti i hipotekarni povjerilac. Ukoliko hipotekarni povjerilac ne da brisovnu dozvolu, hipotekarni dužnik može koristiti tužbu za brisanje upisa (brisovnu tužbu).<sup>89</sup>

Hipotekarni povjerilac mora da se pridržava i opšte zabrane za sve titulare subjektivnih prava – zabrane zloupotrebe prava.<sup>90</sup> Pošto hipotekarni

---

pravo se tretira kao pravo hipotekarnog povjerioca koje on ima na osnovu opšteg principa o rangu zemljišnoknjižnih prava, a djeluje prema trećem licu koje je kao vlasnik upisano u zemljišne knjige, dok pravo neupisanog vlasnika nije pravno relevantno (paragraf 1148. Njemačkog građanskog zakonika).

<sup>86</sup> U nekim zemljama postoje određena ograničenja u pogledu prodaje založenog predmeta. Tako npr. član 37. stav 1. Zakona o hipoteci Rusije propisuje da se predmet hipoteke može otuđiti samo uz saglasnost hipotekarnog povjerioca, dok član 17. Zakona o zalozima Ukrajine reguliše da je otuđenje založenog objekta moguće samo uz saglasnost založnog povjerioca, pod uslovom da iznos glavnice duga prelazi na novog založnog dužnika.

<sup>87</sup> U ovom pravcu, sasvim razumljivo, ide i sudska praksa: "Kad je nepokretnost opterećena hipotekom radi namirenja potraživanja zbog koga se izvršenje i sprovođenje ne može se dozvoljeno izvršenje proglasiti nedopuštenim zbog promene vlasnika, jer je hipoteka vezana za nepokretnost a ne za ličnost" - Vrhovni sud Srbije, Rev - 4354/99, od 18.1.2000, u R. Josić i T. Krsmanović, *Aktuelna sudska praksa iz građansko-materijalnog prava...* str. 131.

<sup>88</sup> B. Morait, *Obligaciono pravo*, Knjiga I, Banja Luka, 1997, str. 104.

<sup>89</sup> Vidi: D. Stamenković, *Priručnik za upise u zemljišnu knjigu i katastar nepokretnosti*, Beograd, 1992, str. 167; A. Gams, *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, 1959, str. 124.

<sup>90</sup> Član 4. ZOSPO-a i član 13. ZOO-a.

povjericilac ima pravo raspolaganja, on je u obavezi da ga ne zloupotrebljava. Ovo se posebno odnosi na slučajeve zasnivanja nadhipoteke, gdje nije potrebna saglasnost hipotekarnog dužnika.<sup>91</sup>

### **5. Prava hipotekarnog dužnika (zalagača)**

Za hipotekarnog dužnika hipoteka primarno predstavlja skup obaveza povodom objekta hipoteke, a tek sekundarno iz hipoteke za njega proizlaze i određena prava. Istina, ova ovlaštenja pripadaju dužniku po osnovu svojine na objektu hipoteke, ali su posredno omogućena suštinom hipoteke.

Hipotekarni dužnik, prevashodno, ima pravo da založenu stvar koristi, čuvajući interese hipotekarnog povjerioca,<sup>92</sup> a osim toga, on može potpuno ili djelimično i da sa ovom stvari raspolaze. Isto tako, on može stvar i otuđiti, ali pošto je hipoteka upisana u javne knjige, hipotekarnom povjericu ne prijete opasnost da će izgubiti svoje pravo. Jedina razlika između vlasnika založene nekretnine i ostalih vlasnika ogleđa se u tome što vlasnik nekretnine opterećene hipotekom, kao što je izloženo, ne smije smanjivati njenu vrijednost niti smije na bilo koji način pogoršavati njeno stanje.<sup>93</sup>

Po izmirenju duga ili u slučaju nemogućnosti njegove realizacije hipotekarnom dužniku stoji na raspolaganju mogućnost da traži brisanje hipoteke.<sup>94</sup> Time ona formalno prestaje da postoji. Kada se ima u vidu da se za brisanje primjenjuje postupak koji važi za brisanje svih tereta i ograničenja zemljišnoknjižnih prava, vidljivo je da ovo pravo hipotekarnog dužnika nije tipično hipotekarno pravo.

Hipotekarni dužnik ima pravo i na povraćaj viška vrijednosti (hiperocha)<sup>95</sup> koji ostane poslije naplate svih potraživanja u cijelosti (glavnica, kamate, troškovi). To je pravo opšteprivhaćeno u savremenom založnom pravu.<sup>96</sup> Mada naše pozitivno pravo to decidirano ne reguliše u okviru propisa o zalozi, mislimo da u pogledu ovoga ne može da bude nikakvih dilema. Pravo na hiperohu nije hipotekarno pravo, ono proizilazi iz svojine i radi se o pravu svakog vlasnika stvari koja je bila predmet izvršenja.

<sup>91</sup> O tome: M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 101.

<sup>92</sup> Hipotekarni dužnik je dužan da založenu stvar čuva sa pažnjom dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika. Ovo je izričito predviđeno za zalogoprimeca kod ručne zaloge, pa bi se analogijom moglo zahtijevati i od hipotekarnog dužnika.

<sup>93</sup> O. Stanković i M. Orlić, *op.cit.*, str. 411.

<sup>94</sup> U određenim situacijama ovo može tražiti i hipotekarni povjericilac, kao lice koje je zainteresovano za prestanak hipoteke.

<sup>95</sup> Pojam "hiperocha" je grčkog porijekla, a to ide u prilog teze o grčkom porijeklu hipoteke. Vidi: I. Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd, 1977, str. 253.

<sup>96</sup> To su izričito predviđali i Srpski građanski zakonik (paragraf 321. i 843.) i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru (član 180.), a predviđa i Austrijski građanski zakonik u paragrafu 464.

## **6. Obaveze hipotekarnog dužnika**

Postoji korelacija između prava hipotekarnog povjerioca i obaveza hipotekarnog dužnika. Osnovne su obaveze hipotekarnog dužnika da trpi namirenje potraživanja iz vrijednosti predmeta hipoteke i da se uzdržava od radnji kojima se umanjuje vrijednost predmeta hipoteke, a ostale obaveze proizilaze iz navedenih obaveza.

### **6.1. Obaveza hipotekarnog dužnika da trpi namirenje potraživanja iz vrijednosti predmeta hipoteke**

Osnovna obaveza hipotekarnog dužnika jeste da trpi namirenje potraživanja hipotekarnog povjerioca iz vrijednosti predmeta hipoteke. To je obaveza na nečinjenje koje odgovara pravu namirenja hipotekarnog povjerioca.<sup>97</sup> Pošto se pravo namirenja povjerioca iz predmeta hipoteke sprovodi uz učešće suda u izvršnom postupku, ono se može realizovati i bez saradnje hipotekarnog dužnika, odnosno čak i u slučaju njegovog nepoštovanja ove obaveze. Obaveza trpljenja namirenja proizilazi iz stvarnopravnog karaktera hipoteke.<sup>98</sup> Subjekt obaveze trpljenja namirenja potraživanja iz predmeta hipoteke nije samo prvobitni vlasnik, već i svaki kasniji vlasnik založene nekretnine.<sup>99</sup>

### **6.2. Obaveza uzdržavanja hipotekarnog dužnika od radnji kojima se umanjuje vrijednost predmeta hipoteke**

Hipotekarni dužnik ima obavezu da se pri vršenju svojinskih ovlaštenja uzdržava od radnji kojima se umanjuje vrijednost predmeta hipoteke, a na koje bi kao vlasnik imao pravo. On je kao vlasnik i posjednik založene stvari obavezan da sa njom postupa sa pažnjom dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika.<sup>100</sup> Pošto je ovakvo ponašanje najviše u njegovom interesu, može se konstatovati da hipoteka, sve do momenta realizacije, faktički i ne ograničava sadržinu svojine.<sup>101</sup> Ukoliko se ta obaveza ne poštuje, djeluju prava hipotekarnog povjerioca u slučaju smanjenja vrijednosti predmeta hipoteke.

<sup>97</sup> M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 107.

<sup>98</sup> Vidi C. Karl-Herman, op. cit, str. 101; B. Soergel i W. Siebert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV, Stuttgart-Berlin-Keln-Mainz, 1968, str. 668.*

<sup>99</sup> Ovo proizilazi iz dejstva hipoteke prema svima, te stvarnopravnog karaktera zahtjeva za namirenje.

<sup>100</sup> Ovo se predviđa za zalogoprimeca kod ručne zaloge (član 975. stav 1., ZOO), pa se može zahtijevati i od hipotekarnog dužnika.

<sup>101</sup> Međutim, zbog hipoteke je otežan prenos svojine, jer je umanjena prometna vrijednost hipotekovanog dobra.

## 7. *Prenos prava i obaveza*

Hipotekarni povjerilac može prenijeti svoje potraživanje prema dužniku na treće lice i zajedno sa potraživanjem na njega prelazi i hipoteka, kao akcesorno pravo.<sup>102</sup> Prema opštim pravilima obligacionog prava za to nije potreban pristanak dužnika i dovoljno je dužnika o tome samo obavijestiti,<sup>103</sup> ali je zbog prelaza hipoteke na treće lice potreban upis u zemljišnu knjigu. Hipoteka se ne može prenijeti odvojeno od tražbine čije ispunjenje obezbjeđuje (zbog načela akcesornosti hipoteke<sup>104</sup>) i stoga su takvi pravni poslovi ništavi.<sup>105</sup> Ukoliko vlasnik založene stvari isplati dug hipotekarnom povjeriocu, isto tako dolazi do prenosa potraživanja obezbjeđenog hipotekom, jer tada na njega *ex lege* prelazi i potraživanje i hipoteka kao sporedno pravo.<sup>106</sup>

ZOSPO propisuje da hipotekarni povjerilac može zasnovati hipoteku na postojećoj nekretnini u korist trećeg lica bez pristanka hipotekarnog dužnika - nadhipoteka.<sup>107</sup> Hipotekarni dužnik nakon upisa ne može platiti dug svom hipotekarnom povjeriocu bez saglasnosti nadhipotekarnog povjerioca, a da se ne izloži opasnosti da ovaj povjerilac zatraži namirenje svog potraživanja prodajom založene nekretnine. Ako je dužnik u zabludi da li ova saglasnost postoji, stoji mu na raspolaganju mogućnost polaganja dugovanog iznosa kod suda i na taj način oslobađanje od obaveze. U slučaju da je iznos potraživanja nadhipotekarnog povjerioca veći od potraživanja obezbijedenog hipotekom, on svoje preostalo potraživanje namiruje iz imovinske mase hipotekarnog povjerioca, a ne iz vrijednosti dobijene prodajom založene nekretnine iznad hipotekovanog potraživanja.

Dakle, predmet nadhipoteke jeste potraživanje obezbijedeno hipotekom, a tek posredno i hipoteka kao imovinsko pravo koje predstavlja akcesorijum.<sup>108</sup> Za zasnivanje nadhipoteke nije potrebna saglasnost hipotekarnog dužnika, jer se time njegov položaj ne mijenja. Zato postoji i mogućnost da se

<sup>102</sup> ZOO, član 437. st. 1.

<sup>103</sup> ZOO, član 438. st. 1.

<sup>104</sup> ZOSPO, član 66. st. 1.

<sup>105</sup> Kantonalni sud Sarajevo je povodom ovoga zauzeo pravni stav: "Hipoteka i osigurano potraživanje su jedna cjelina. Pojedinačni (izdvojeni i odvojeni) prijenos nije dopušten. Za valjanost prijenosa potreban je pismeni ugovor (cesija - član 436. Zakona o obligacionim odnosima) i upis u zemljišne knjige". Ovaj pravni stav je objavljen u Biltenu sudske prakse Kantonalnog suda Sarajevo br. 1/2001, str. 33.

<sup>106</sup> ZOO, član 300.

<sup>107</sup> ZOSPO, član 66. st. 2.

Francuski građanski zakonik ne dopušta stavljanje hipoteke na hipoteku (član 2118), Austrijski građanski zakonik primjenjuje za nadhipoteku iste propise kao i za hipoteku (paragraf 454), dok Njemački građanski zakonik u ovakvim slučajevima primjenjuje propise koji važe za založno pravo na pravima.

<sup>108</sup> D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1987, str. 310; L. Marković, *Hipotekarno pravo*, Beograd, 1911, str. 159. O predmetu nadhipoteke opširnije: D. Klepić, *Hipoteka kao realno sredstvo obezbeđenja tražbine prema dužniku*, Beograd 2004, str. 13-14.

nadhipoteka dalje optereti. Da bi nadhipoteka nastala, potrebno je da se izvrši njen upis u javne knjige gdje je upisana i hipoteka. Redosljed prvenstva nadhipotekarnih i hipotekarnih povjerilaca suprotan je vremenu zasnivanja hipoteke odnosno nadhipoteke.<sup>109</sup> Razumljivo je da nadhipoteka zavisi od hipoteke i zato ona ne može trajati duže od hipoteke, a nadhipotekarni povjerilac ne može imati više prava od hipotekarnog povjerioca. Prilikom realizacije nadhipotekarni povjerilac mora prvo da traži namirenje hipoteke, a zatim u okviru hipoteke ostvaruje svoje pravo po osnovu nadhipoteke.<sup>110</sup>

Kada je nepokretnost opterećena hipotekom radi namirenja potraživanja zbog koga se izvršenje i sprovodi, ne može se dozvoljeno izvršenje proglasiti nedopuštenim zbog promjene vlasnika, jer je hipoteka vezana za nepokretnost, a ne za ličnost. Postoji mogućnost da se prilikom ovakve prodaje ugovorne strane dogovore da će kupac preuzeti i dug prema hipotekarnom povjeriocu. Tada se smatra da je hipotekarni povjerilac za ovo dao pristanak, ako ga na pismeni poziv vlasnika-prodavca nije odbio u roku od tri mjeseca od prijema.<sup>111</sup>

Međutim, nije moguće izvršiti prenos založnog prava sa jednog zaloga na drugi.<sup>112</sup>

### **Zaključak**

Analizom hipotekarnog odnosa aktuelizuju se brojni elementi koji postoje u miljeu specifične i složene materije sadržine hipoteke i nameće se niz pitanja o kojima treba diskutovati i u pogledu kojih je potrebno donijeti adekvatne zaključke. Teorija hipoteke se u ovom dijelu odlikuje širinom postavki, obimnošću i raznolikošću teza te argumentacijom koja zahtijeva temeljitu i serioznu analizu. Nesumnjivo je da sadašnji uslovi privređivanja u ovom segmentu traže značajna poboljšanja koja treba da riješe raskorak između potreba modernog prometa i postojećih krutih zakonskih normi.

<sup>109</sup> I. Krkljuš, op. cit., str. 11.

<sup>110</sup> S. Živković, Obezbeđenje u pravnom prometu, Pravni život, br. 11/1973, str. 10.

<sup>111</sup> ZOO, član 447. st. 1.

<sup>112</sup> U tom smislu navodimo dio odluke Županijskog suda u Rijeci: "Jednom osnovano založno pravo ne može se prenijeti s jednog zaloga na drugi. Naime, nije između stranaka sporno da je osnovano založno pravo na stanu u Rijeci radi osiguranja tražbine koju tuženik, kao vjerovnik, ima s naslova otplate kupoprodajne cijene za predmetni stan. Prema tome, jednom tako osnovano založno pravo - hipoteka ne može se odvojiti od zaloga, u konkretnom slučaju od nekretnine, a to je stan u Rijeci koji je opterećuje. Bez pristanka založnog vjerovnika, a to je u konkretnom slučaju tuženik, založno se pravo ne može prenijeti s nekretnine u Rijeci na nekretninu nalazeću se u Hreljinu. To je rezultat načela neodvojivosti založnog prava od zaloga što izričito propisuje odredba iz člana 299. ZVDSP-a. Odredba člana 447. ZOO-a propisuje situaciju preuzimanja duga, pa iako ta odredba sadrži postupanje za slučaj preuzimanja duga prilikom otuđenja neke nekretnine na kojoj postoji hipoteka, ona ne zadire niti može zadirati u stvarnopravni učinak jednom osnovanog založnog prava koji njemu daju odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima"- Gž-1580/98, od 18.11.1998, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. 1/1999, odluka broj 11.

Inače, nedvojbeno je da hipoteka sve više postaje jedan od osnovnih instrumenata osiguranja potraživanja, bilo da se radi o obezbjeđenju povrata novčanih sredstava ili osiguranju drugih potraživanja čije je plaćanje ugovoreno u novcu. U ekonomskom smislu, hipoteka je posebno značajna zbog toga što obezbjeđuje dobijanje kredita uz povoljnije kamatne stope, a to znači da je kapital jeftiniji i privreda konkurentnija. Dakle, ona omogućava dinamičan razvoj kreditnog tržišta i predstavlja instrument aktiviranja društvenog bogatstva.

I u ovom radu vidjeli smo da hipotekarno pravo kod nas zahtijeva bitno usavršavanje i višedimenzionalnu transformaciju. No, afirmacija hipoteke, i pored svih njenih nedostataka, sigurno je nužnost koja se ne može izbjeći. Primarni zadatak svakako je stvoriti takav ekonomski ambijent i stabilne tržišne uslove privređivanja da bi sistem kreditiranja, a sa njim i hipoteka kao najsigurnije sredstvo obezbjeđenja, došli do punog izražaja.

### Summary

## LEGAL RELATION IN MORTGAGE

Legal relation between parties in mortgage undoubtedly represents a very interesting subject-matter worth deeper examination. Within this relation numerous elements require serious analysis and adequate conclusions. It is completely clear that it is necessary to introduce important improvements due to evident discrepancy between inflexible legal rules and demands of contemporary legal transactions. The article explores notion of legal relation in mortgage, subjects in the relation, rights and obligations of mortgagee and mortgagor, and transfer of rights and obligations. Although this relation is accessory in nature, it is a relatively independent institute and its content significantly differs from the obligation it secures.

**Key words:** *legal relation in mortgage, notion of legal relation in mortgage, subjects of mortgage, mortgagee, mortgagor, right to satisfaction, right to pre-emption.*

### Zusammenfassung

## HYPOTHEKENRECHTLICHES VERHÄLTNIS ALS INHALTLICHER ASPEKT DER HYPOTHEK

Das hypothekenrechtliche Verhältnis als inhaltlicher Aspekt der Hypothek ist zweifellos ein sehr interessantes Forschungsgebiet. Im Rahmen dieses Verhältnisses werden zahlreiche Elemente aktuell, die ernsthaft analysiert werden und hinsichtlich derer entsprechende Schlüsse gezogen werden

müssen. Es steht fest, dass unter den heutigen Bedingungen in diesem Segment wesentliche Verbesserungen vorgenommen werden müssen, denn es besteht eine große Diskrepanz zwischen den starren Gesetzesnormen und den Bedürfnissen eines modernen Verkehrs. In der Arbeit werden der Begriff hypothekenrechtliches Verhältnis, die Subjekte dieses Verhältnisses, Rechte und Pflichten des Hypothekengläubigers und des Hypothekenschuldners sowie die Übertragung der Rechte und Pflichten betrachtet. Obwohl das Hypothekenverhältnis akzessorischen Charakter hat, ist es relativ eigenständig, und dem Inhalt nach unterscheidet es sich wesentlich von dem des Obligationsverhältnisses zu dessen Sicherung es dient.

**Schlüsselwörter:** *hypothekenrechtliches Verhältnis, Begriff des hypothekenrechtlichen Verhältnisses, Subjekte des hypothekenrechtlichen Verhältnisses, Hypothekengläubiger, Hypothekenschuldner, Recht auf Schuldenabtragung, Erstrecht.*

#### Sommario

### **RAPPORTO GIURIDICO-IPOTECARIO COME ASPETTO DEL CONTENUTO DELL'IPOTECA**

Il rapporto giuridico-ipotecario come aspetto del contenuto dell'ipoteca rappresenta indubbiamente una materia molto interessante e meritevole di maggiore approfondimento. All'interno di questo rapporto numerosi elementi richiedono serie analisi e adeguate conclusioni. Sicuramente è necessario introdurre importanti miglioramenti in questo settore a causa dell'evidente discrepanza tra le inflessibili norme giuridiche e le richieste delle transazioni attuali. Nel lavoro sono esplorati il concetto di rapporto giuridico-ipotecario, i soggetti di questo rapporto, i diritti e le obbligazioni di creditore e debitore, e il trasferimento di diritti e obbligazioni. Nonostante questo rapporto sia di carattere accessorio, è un istituto relativamente autonomo e il suo contenuto differisce significativamente dall'obbligazione che garantisce.

**Parole chiave:** *rapporto giuridico-ipotecario, concetto di rapporto ipotecario, soggetti del rapporto ipotecario, creditore ipotecario, debitore ipotecario, diritto di soddisfazione, diritto di prelazione.*